



PROCESSO Nº 1721272021-6 - e-processo nº 2021.000221609-8

ACÓRDÃO Nº 518/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.

Advogada: Sr.^a EMELY ALVES PEREZ, inscrita na OAB/SP 315.560

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS - OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - REDUÇÃO DA MULTA APLICADA - RETROATIVIDADE - LEI Nº 12.788/23 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - NULIDADE - VÍCIO MATERIAL - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A constatação de não lançamento das notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, inciso IV do RICMS/PB, visto representar dispêndios não declarados suportados por receitas omitidas, situação aplicada ao caso presente, diante da falta de prova negativa de que as notas fiscais de entradas foram registradas nos livros próprios.

- Redução da penalidade em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

- Constatado erro no critério jurídico para composição da base de cálculo do ICMS na acusação de falta de recolhimento do ICMS, configurando vício material que impõe a nulidade da infração, em virtude da iliquidez e incerteza do crédito tributário.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de



lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. “In casu” não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu **desprovemento**. No entanto, com arrimo nos princípios da oficialidade, autotutela administrativa e legalidade, altero, **de ofício**, quanto aos fundamentos e valores, a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001960/2021-67 lavrado em 30 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 142.860,07 (cento e quarenta e dois mil, oitocentos e sessenta reais e sete centavos), sendo, R\$ 81.744,43 (oitenta e um mil, setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e três centavos) de ICMS por infringência ao Art. 158, I c/c Art. 160, I c/ fulcro no Art. 646, IV e Art. 106 c/c Art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 61.118,64 (sessenta e um mil, cento e dezoito reais e sessenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, ‘b’ e V, ‘f’, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor total de R\$ 1.692,51, sendo R\$ 1.128,30, de ICMS e de R\$ 564,21, de multa por infração, acrescentando a este valor o montante de R\$ 20.245,21 (vinte mil, duzentos e quarenta e cinco reais e vinte e um centavos), conforme razões expendidas neste voto.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício material da acusação de falta de recolhimento do ICMS, aplicando-se, ao caso, o prazo decadencial constante no art. 173, I, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de outubro de 2023.



MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, EDUARDO SILVEIRA FRADE E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1721272021-6 - e-processo nº 2021.000221609-8

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.

Advogada: Sr.^a EMELY ALVES PEREZ, inscrita na OAB/SP 315.560

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS - OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - REDUÇÃO DA MULTA APLICADA - RETROATIVIDADE - LEI Nº 12.788/23 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - NULIDADE - VÍCIO MATERIAL - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A constatação de não lançamento das notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, inciso IV do RICMS/PB, visto representar dispêndios não declarados suportados por receitas omitidas, situação aplicada ao caso presente, diante da falta de prova negativa de que as notas fiscais de entradas foram registradas nos livros próprios.

- Redução da penalidade em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

- Constatado erro no critério jurídico para composição da base de cálculo do ICMS na acusação de falta de recolhimento do ICMS, configurando vício material que impõe a nulidade da infração, em virtude da iliquidez e incerteza do crédito tributário.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. “In casu” não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.



RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001960/2021-67 (fls. 4-8), lavrado em 30 de setembro de 2021, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.000000595/2021-23, denuncia a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A, inscrição estadual nº 16.326.359-0, de haver cometido as seguintes irregularidades, *ipsis litteris*:

0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2018 a 2020.

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa

CONFORME PLANILHA ANEXA, NESTE PROCESSO, A EMPRESA RECOLHEU A MENOR, NO CÓDIGO DE RECEITA 1101, ICMS NORMAL, REFERENTE A CFOPS TRIBUTÁVEIS DE ACORDO COM O DECRETO Nº 33.657/2012 E ALTERAÇÕES POSTERIORES.

0028 - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter deixado de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa

REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2018 a 2020.

Em decorrência deste evento, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos art. Art. 158, I; Art. 160, I; c/fulcro, Art. 646, do RICMS/PB aprov. Dec. 18.930/97106, art. 60, I e II c/c art. 277, do RICMS, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 164.800,99 (cento e sessenta e quatro mil, oitocentos reais e noventa e nove reais), sendo R\$ 82.872,73 (oitenta e dois mil, oitocentos e setenta e dois reais e setenta e três centavos) de ICMS e R\$ 81.928,26 (oitenta e um mil, novecentos e vinte e oito reais e vinte e seis centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” e “b”, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.



Documentos instrutórios juntados às fls. 9 a 22.

Depois de cientificada da autuação em 04 de outubro de 2021, a denunciada, por intermédio de seu representante legal, apresentou, em 03 de novembro de 2021, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual pontua que:

(i) Que a Requerente é sociedade empresária que se dedica ao comércio rápido de refeições (FAST FOOD) sob a marca McDonald's, conhecida e respeitada em todo o mundo, e que preza pelo rigoroso cumprimento de suas obrigações fiscais, exercendo a atividade de fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, sendo optante do benefício fiscal concedido por meio do Decreto n.º 33.657/12, consistente na redução de base de cálculo de modo que a carga tributária seja equivalente a 2,4% sobre o valor do fornecimento de refeições e bebidas (excetuado o fornecimento ou a saída de bebidas sujeitas à sistemática da substituição tributária);

(ii) Que o Auto de Infração padece de nulidade por vício de motivação e violação à teoria dos motivos determinantes porque a descrição da infração diz respeito à falta de escrituração fiscal de notas fiscais de entrada, inexistindo qualquer fundamento fático, elemento de prova ou indício que pudesse justificar a cobrança de ICMS por suposta omissão de receitas;

(iii) Que a motivação dos atos administrativos consiste justamente em possibilitar ao contribuinte a sua defesa plena e viabilizar o exame da legalidade do ato praticado, onde a ausência de motivação e a sua inadequação culmina na nulidade do ato administrativo, inclusive porque impede o pleno exercício dos direitos constitucionalmente garantidos ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CF/88;

(iv) A segunda infração (NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS) padece de nulidade por falta de motivo visto que as notas fiscais listadas pelo I. Auditor Fiscal na verdade não existem porque são documentos fiscais cancelados logo após sua emissão e, portanto, que não deveriam ser escriturados e tampouco submetidos à tributação do ICMS, inclusive porque as operações de saídas neles descritas foram registradas em novas notas fiscais, emitidas imediatamente após o cancelamento, de forma a assegurar a sua escrituração e respectiva tributação pelo ICMS;

(v) No tocante a primeira acusação (FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS) esta deve ser cancelada por ser indevida à presunção de omissão de saídas tributáveis sem recolhimento do ICMS aplicada com arbitramento do imposto no que se refere aos seus aspectos quantitativo e temporal;

(vi) O lançamento fiscal foi fundamentado na falta de escrituração fiscal de nota fiscais de entrada, inclusive o documento anexo ao auto de



infração refere-se à lista de tais notas fiscais não escrituradas no “livro próprio da EFD/SPED FISCAL”, porém, a fiscalização exige ICMS e multa com base em omissão de saídas mesmo sabendo que a falta de escrituração fiscal não seja uma das hipóteses listadas no artigo 646 do RICMS, onde, tal dispositivo, apenas elenca, como hipótese de presunção de omissão de receitas, a falta de escrituração contábil de mercadorias nas entradas;

(vii) Aduz que a fiscalização, ao aplicar a presunção legal prevista no o artigo 646 do ICMS, não pode se afastar da atividade econômica exercida pelo contribuinte e tampouco do regime de apuração a que ele está submetido, sob pena de aplicar sanção por suposta omissão de saídas tributáveis sem o recolhimento do imposto não previsto em lei, quando as saídas da Requerente consistem no fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete e se está ela sujeita à forma de apuração do ICMS prevista no Decreto n.º. 33.657/12 com carga tributária de 2,4% sobre suas operações de saídas tributadas;

(viii) Afirma há falha no cancelamento de algumas notas fiscais no sistema de dados da SEFAZ, sendo apenas notada após a intimação do presente Auto de Infração, onde tais documentos fiscais foram efetivamente cancelados no seu sistema operacional interno, independentemente da falha que resultou na falta de cancelamento das notas fiscais também no Portal da SEFAZ, sendo substituída por operações foram devidamente documentadas, escrituradas e oferecidas à tributação do ICMS por meio de documentos fiscais emitidos imediatamente ao cancelamento, conforme se verifica nas imagens colacionadas por amostragens das NFC-e, informando não haver nenhum prejuízo causado ao erário estadual;

(ix) Que o ICMS supostamente devido pela Requerente não pode ser calculado pela alíquota de 18%, mas deve considerar a carga tributária reduzida aplicada a ela, qual seja, 2,4%.

Pelo exposto, a Impugnante espera o acolhimento da presente impugnação para que seja decretada a nulidade do lançamento fiscal e cancelados os valores de imposto e multa lançados contra a Requerente. Subsidiariamente, acaso superado o óbice à manutenção do referido lançamento fiscal, requer sejam recalculados os valores exigidos no Auto de Infração, de tal forma que seja aplicada a carga tributária de 2,4% prevista no Decreto n.º. 33.657/12, bem como a realização de prova documental (perícia técnica) com a consequente desconstituição do crédito tributário ora questionado.

Em anexo documentos pensados pela defesa às fls. 56 a 87 dos autos.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges., que exarou sentença pela procedência parcial da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:



INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRIMADO DA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PREVISÃO DO ARTIGO 646, IV DO RICMS/PB. FALTA DE REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE SAÍDA ESTAMPADAS NAS NFC-e EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE NOS ASSENTAMENTOS FISCAIS. CANCELAMENTO NÃO CONFIRMADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. ERRO DE DENÚNCIAÇÃO NA INFRAÇÃO N° 0285. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. DENÚNCIAS PARCIALMENTE COMPROVADAS.

- A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, não havendo violação ao primado da motivação dos atos administrativos atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

- A constatação de não lançamento das notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, inciso IV do RICMS/PB, visto representar dispêndios não declarados suportados por receitas omitidas, situação aplicada ao caso presente, diante da falta de prova negativa de que as notas fiscais de entradas foram registradas nos livros próprios.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. “*in casu*” não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.

- Nulidade da infração n° 0285, diante da constatação de falha na descrição da infração apurada, em confronto com a identificação da irregularidade que deveria ter sido apurada e denunciada corretamente nos autos, materializando vício formal que macula a exigência do crédito tributário com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcançam as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 31 de outubro de 2022, o sujeito passivo protocolou, no dia 25 de novembro de 2022, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Na peça recursal, a ora recorrente reitera os argumentos apresentados na impugnação, acrescentando os seguintes pontos:

- (i) Seja reconhecida a nulidade do lançamento em virtude da aplicação de carga tributária distinta daquela de fato aplicável às operações de saída realizadas pela Recorrente ou, ao menos, ser determinada a sua revisão para que o imposto seja calculado com base no benefício fiscal previsto no



Decreto n.º. 33.657/12, o qual resulta na aplicação da carga tributária equivalente a 2,4%;

(ii) A própria Recorrente, por intermédio de outra filial que não a autuada neste presente processo, já recebeu parecer proferido pela I. Gerência Operacional de Benefícios Fiscais desta SEFAZ (Processo n.º: e201902519-1) no sentido de que a sua atividade – de lanchonete (CNAE 5611-2/03) – estaria voltada ao fornecimento de refeições e, portanto, estaria albergada pelo benefício fiscal do mencionado Decreto n.º 33.657/2012, sendo este autoaplicável;

(iii) Não há distinção de regime tributário. As regras legais aplicáveis à apuração do ICMS são exatamente as mesmas para bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Logo, se bares e restaurantes têm direito aos benefícios dispostos nos arts. 34 do RICMS e no 1º do Decreto n.º 33.657/12, os estabelecimentos similares também o têm;

(iv) Por fim, protesta pela realização de sustentação oral, isso nos termos do art. 83, da Lei n.º 10.094/2013.

Diante de todo o exposto, restou demonstrada a necessidade de reforma da r. decisão de primeira instância em relação à parcela mantida do auto de infração, devendo ser o lançamento integralmente anulado, arquivando-se o respectivo processo administrativo, ou ao menos reduzido para que sejam recalculados os valores exigidos da Recorrente a título de ICMS de tal forma que seja aplicada a carga tributária de 2,4% prevista no Decreto n.º. 33.657/12 sobre todas as operações fiscalizadas.

Ato contínuo, foram os autos remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a esta Relatora, segundo critério regimental previsto para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de *sustentação oral* consignado pelo contribuinte à fl. 157, remeti o processo à Assessoria Jurídica desta Corte para emissão de Parecer Técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao que prescreve o artigo 20, inciso X, do Regimento Interno do CRF-PB.

Eis o relatório.

VOTO

A *quaestio juris* versa sobre as acusações de (i) falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos Livros Próprios; (ii) falta de recolhimento do ICMS e (iii) não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas, conforme infrações descritas na peça inicial, lavrada contra a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A., nos autos devidamente qualificada.



De forma preliminar, vale ressaltar que o Recurso Voluntário se encontra tempestivo, uma vez que foi protocolado nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013 (PAT-PB).

Antes de passarmos ao mérito, necessário se faz discorrermos acerca das preliminares arguidas pela empresa.

NULIDADE

Em abordagem inicial, a empresa autuada requer pedido de nulidade de todo o procedimento fiscal por entender a existência de vícios insanáveis que invalidariam completamente a cobrança dos tributos e das penalidades supostamente devida, por falta de motivação do ato administrativo em face de cancelamento das notas fiscais apuradas, implicando em nulidade, nos termos dos artigos 14, 16 e 17 da Lei nº 10.094/2013, sendo necessário o enfrentamento dos questionamentos para a legitimidade do devido processo legal.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. Em verdade, diferente do que alega a defendente, vejo que o libelo acusatório se encontra dentro dos requisitos previstos pela diretriz normativa do imposto estadual, não existindo na análise de formalização da denúncia e da tipificação dos fatos apurados elementos prejudiciais capazes de provocar a nulidade do auto de infração.

Neste contexto, vejo plena impropriedade nos questionamentos de nulidade e/ou impropriedade da peça acusatória pela defendente, haja vista que os fatos infracionais foram apurados com a devida definição das situações infringentes, dos dispositivos normativos pertinentes, temporariedade dos fatos geradores e a devida materialidade dispostas às fls. 9 a 22 dos autos, tornando descabida a arguição de falta de motivação com base na alegação de cancelamento das notas fiscais glosadas.

Outrossim, é latente que as vertentes apresentadas na Defesa não se enquadram nas hipóteses de nulidade aceitas pela doutrina e jurisprudência dominantes, no mais, levariam a decretação de improcedência da exigência fiscal, caso se confirmasse a ocorrência de que as notas fiscais não existissem, de fato, ou que as NFC-e estejam canceladas para efeito de exigibilidade fiscal.

Com efeito, compete privativamente à autoridade administrativa a prerrogativa de proceder ao lançamento de ofício, onde a responsabilidade é objetiva de constituir a exigência fiscal na forma do art. 142 do CTN.

Nesse sentido, não há o que se falar em ausência de motivação para o lançamento administrativo indiciário, uma vez que a ação fiscal se encontra pautada pelo manto da legalidade e atende aos requisitos estabelecidos pela legislação ao ser produzida por agente público competente com atribuição e prerrogativa funcional definida em lei, conforme previsão normativa contida no artigo 37 c/c art. 151 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 37. Considera-se iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações a este Regulamento:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;



II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de auto de infração ou de representação;

IV - com qualquer outro ato escrito, de servidor fazendário, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

§ 1º **O início do procedimento alcança todos aqueles que estejam diretamente envolvidos nas infrações porventura apuradas no decorrer da ação fiscal, somente abrangendo os atos que lhes forem anteriores.**

Art. 151. A fiscalização dos tributos é de competência privativa dos auditores fiscais, nos termos da Lei nº 8.427, de 10 de dezembro de 2007, tendo como atribuições:

I – O Auditor Fiscal Tributário Estadual: a tributação, a arrecadação e a fiscalização das receitas tributárias estaduais, nas atividades de estabelecimento e de mercadoria em trânsito, em qualquer fase, **inclusive a documentação que lhes é respectiva, correlatas às atribuições do cargo;**

No que concerne às acusações de falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios e de não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas impõe-se declarar que o lançamento de ofício respeitou todas as cautelas da lei, não tendo ocorrido quaisquer das nulidades por vício formal, consideradas nos artigos 15 a 17 da Lei nº 10.094/13.

A acusação de falta de recolhimento do imposto estadual apresenta vício de natureza material, conforme será discriminado no tópico próprio.

DO PEDIDO DE PROVA DOCUMENTAL (DILIGÊNCIA):

No tocante à pretensão da atuada em converter o julgamento em diligência para consecução de prova documental, rejeito a presente demanda requerida, por estarem ausentes às condições necessárias, de acordo com o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.094/2013, que ensejam a sua realização. Ademais, os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção.

Destarte, impõe-se, do mesmo modo, o indeferimento da medida de perícia ou diligência, por considerá-la prescindível. Os dados contidos no Auto de Lançamento, conjugados com os dados documentais carreados aos autos, mostram-se suficientes à pronta solução do processo.

Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13¹, indefiro o pedido de realização de diligência.

Passemos ao mérito.

1ª INFRAÇÃO Nº 0009: FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO

A primeira acusação versa sobre a denúncia de FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO formalizada contra a empresa atuada, por conduta velada nos termos do artigo 646, IV, do RICMS/PB, fazendo surgir

¹ Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada



à presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente ao mês de agosto de 2018 a dezembro de 2020.

Pois bem. A condição de contribuinte do ICMS no Estado da Paraíba impõe a todos uma série de obrigações tributárias, sejam de natureza principal, sejam de natureza acessória, sendo, uma delas, o lançamento das notas fiscais de aquisição de mercadorias na EFD/SPED ou então nos livros fiscais competentes, sob pena de ser materializada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais.

Desse resultado, a literatura que se faz é que se alcançaram àquelas operações de venda de mercadorias sem emissão documental, materializando a presunção legal de omissão de vendas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços realizados, conforme redação do artigo 646, IV do RICMS/PB, senão vejamos:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

- a) insuficiência de caixa;
- b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – **a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas**; (grifo nosso)

Fica clarividente na norma tributária presuntiva que, uma vez que se realizaram aquisições sem a devida declaração nos livros fiscais próprios ou nos assentamentos contábeis, presume-se que o objetivo maior era omitir receitas cuja origem não tem comprovação, posto que emergiram de fontes à margem do Caixa oficial, tendo em vista que esta constatação representa a materialização de uso de receitas oriundas de vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão correspondentes de documentos fiscais.

Conforme demonstrativos das chaves de acesso das notas fiscais acostadas às fls. 9 a 11 dos autos, o lastro acusatório se baseia em informações precisas das notas fiscais advindas de operações emitidas por diversos fornecedores e que não foram registradas nos assentamentos próprios e da EFD, nos períodos acima citados, situação não negada pela autuada em sua defesa.

Trata-se, portanto, de uma presunção *juris tantum* com previsão contida na norma tributária como já discorrido acima, onde o lançamento pode ser elidido por prova em contrário.

A recorrente, no uso de seu direito de provar a improcedência da acusação fiscal, alega, em primeiro plano, que a acusação deve ser cancelada em relação à presunção de omissão de saídas tributáveis sem recolhimento do ICMS, porquanto indevidamente aplicado o arbitramento do imposto no que se refere aos seus aspectos quantitativo e temporal.



Com a devida vênia, reputo insubsistente o argumento trazido, haja vista, em momento algum a fiscalização lançou mão de arbitramento. Registre-se que o arbitramento é um procedimento regular e que pode ser utilizado pelos Auditores, desde que em conformidade com o que dispõem os artigos 19 e 24, ambos do RICMS/PB, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Destarte, a Lei Estadual 6.379/96 é o instrumento normativo adequado, com base no qual o Estado da Paraíba fez valer a sua competência constitucional para instituir e exigir tributos, prevista no art. 155, § 2º da CF/88.

É a própria lei que autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte, a prova da improcedência desta, onde não há qualquer premissa de arbitramento nos lançamentos indiciários.

No que se refere, especificamente, à regra do inciso IV, do art. 646 do RICMS/PB, o legislador fez a escolha por um fato que não se encontra relacionado como uma situação de hipótese de arbitramento, mas se traduz num fato presuntivo da ocorrência de um fato gerador omitido, caracterizado por saídas de mercadorias tributáveis em operações pretéritas.

Ademais, não vejo qualquer desobediência constitucional diante do procedimento fiscal realizado, além do que, o trabalho fiscal mostra-se diametralmente dentro da legalidade, coletando dados e informações satisfeitas pelo próprio sujeito passivo quando das operações com notas fiscais de entrada que não tiveram suporte de receitas declaradas.

Por fim, a matéria não comporta maiores delongas, em face de o entendimento já se encontrar sumulada pelo E. CRF/PB quando da promulgação recente da Súmula nº 02/2019, publicada no DOE e em 19/11/2019, que tem efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos demais contribuintes e responsáveis, senão vejamos:

SÚMULA 02 NOTA FISCAL NÃO LANÇADA – A constatação de falta de registro da entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em razão da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.

Todavia, não obstante o acerto da fiscalização quanto à penalidade proposta quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzir os valores lançados, em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu a seguinte redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento): ”



Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando insculpido no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No tocante ao argumento da defesa de que as saídas da Requerente consistem no fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, estando sujeita à forma de apuração do ICMS prevista no Decreto n.º 33.657/12, esse questionamento será enfrentado na análise de mérito da Infração n.º 0028, que será apreciada mais adiante.

2ª INFRAÇÃO N.º 0285: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

A presente contenda motivou-se pela constatação de recolhimento de ICMS a menor com redução de base de cálculo com carga tributária equivalente a 2,4%, em decorrência de tributação efetuada na forma do Decreto n.º 33.657/2012.

CONFORME PLANILHA ANEXA, NESTE PROCESSO, A EMPRESA RECOLHEU A MENOR, NO CÓDIGO DE RECEITA 1101, ICMS NORMAL, REFERENTE A CFOPS TRIBUTÁVEIS DE ACORDO COM O DECRETO N.º 33.657/2012 E ALTERAÇÕES POSTERIORES.

In casu, a instância monocrática declarou a nulidade, por vício formal, da citada infração, conforme trecho da sentença singular abaixo reproduzido:

A presente contenda motivou-se pela constatação de recolhimento de ICMS a menor com redução de base de cálculo com carga tributária equivalente a 2,4%, em decorrência de tributação efetuada na forma do Decreto n.º 33.657/2012.

(...)

No caso presente, após análise dos argumentos apresentados em conjunto com os fatos tributários inerentes à atividade desenvolvida pela Autuada, verifico haver um equívoco da fiscalização quanto à tipificação da irregularidade fiscal apurada, uma vez que a tributação na qual a empresa se insere não é contemplada pelo benefício fiscal previsto no Decreto n.º 33.657/2012, não comportando a redução de base de cálculo do ICMS com carga tributária equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento), visto que a autuada se encontra cadastrada e classificada no CNAE n.º 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares) e não sobre as operações de fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares ou de saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, não se submetendo ao citado regime tributário.

A atividade de “restaurantes e outros serviços de alimentação e bebidas” está consignada, indubitavelmente, nas atividades com CNAEs n.º 5611-2/01 e



5611- 2/02, que divergem da classificação da atividade do contribuinte, nº 5611-2/03.

Nesse sentido, podemos inferir que os lançamentos fiscais, considerando o teor da acusação fiscal, encontram-se prejudicados, haja vista que a falta de recolhimento de ICMS devia ter sido apurada mediante técnica fiscal que reflita o uso indevido de benefício fiscal previsto no Decreto nº 33.657/2012, haja vista configurar outra situação infringente pautada nas operações com tributação normal sem redução de base de cálculo devida.

Depreende-se que diante do equívoco constatado na descrição da infração, em confronto com a identificação da tipificação que deveria ter sido apurada e denunciada corretamente nos autos, materializou-se o vício formal que macula a exigência do crédito tributário.

Portanto, forçoso reconhecer a imprecisão do fato tipificado como infringente a legislação tributária posto que a exatidão da narrativa acusatória e dos dispositivos infringidos é da própria essência do auto de infração, sua inobservância incorre em nulidade, nos termos da Lei nº 10.094/2013.

Assim, examinando o caderno processual, no entendimento exarado pela instância prima, *data vênia*, não se vislumbra erro na descrição da infração, enquadramento legal ou pessoa do infrator, não há vício formal.

Todavia, conforme planilha anexa aos autos, assim como, texto contido em nota explicativa, se verificou erro no critério jurídico para composição da base de cálculo do ICMS na acusação de falta de recolhimento do ICMS, configurando vício material que impõe a nulidade da infração, em virtude da iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Desse modo, fica caracterizado erro no critério jurídico para apuração da base de cálculo, visto que o contribuinte não faz jus ao benefício fiscal em tela, conforme decisões reiteradas deste Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão nº 0473/2020, cuja ementa reproduzo abaixo, da lavra dos eminentes Conselheiros Petrônio Rodrigues Lima, configurando vício material no lançamento tributário, fato que impele a declaração de nulidade do referido lançamento:

Acórdão nº 000473/2020

Processo nº 0455872016-5

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS,



ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Assim, tendo em vista que é de natureza material o vício que inquina a infração em referência, e que a sua correção somente se faria mediante auto de infração específico, este deve ser lavrado dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado.

No que diz respeito ao parecer acostado às fls. 188 a 194 referente ao e-Processo de nº e201902519-1, de 16/8/2019, destinado à filial de nº 16.343.232-5, proferido pela I. Gerência Operacional de Benefícios Fiscais da SEFAZ, no sentido de que a sua atividade – de lanchonete (CNAE 5611-2/03) – estaria voltada ao fornecimento de refeições e, portanto, estaria albergada pelo benefício fiscal do mencionado Decreto nº 33.657/2012, sendo este autoaplicável (doc. 05). O citado parecer apresenta como núcleo o seguinte teor:

PROCESSO Nº: e201902519-1

“No caso, como o contribuinte tem atividade econômica voltada para o fornecimento de refeições (lanchonete) e apresenta regime de apuração normal do ICMS, já se encontra albergado pelo benefício fiscal instituído pelo Decreto nº 33.657/2012, sendo autoaplicável a utilização do percentual de redução da carga tributária, nos termos do supracitado art. 1º, não necessitando, pois, da concessão de regime especial para sua operacionalização.

Importa ressaltar que o Decreto nº 33.657/12 encontra-se prorrogado até 30.09.19 (alínea “d” do inciso II do art. 2º do Decreto nº 37.365/17 - DOE de 29.04.17 - Convênio ICMS 49/17), ficando a desnecessidade de medida especial vinculada ao seu prazo de eficácia.

Diante do exposto, resta configurada a perda do objeto para concessão do benefício fiscal à requerente, cujo pleito já está contemplado pelo Decreto nº 33.657/2012, motivo pelo qual esta Gerência Operacional opina pelo ARQUIVAMENTO do presente processo. É o parecer que se submete à apreciação superior.”

Conforme demonstrado acima, nesse processo da filial nº 16.343.232-5, a parecerista fez afirmações quanto à atividade de Lanchonete e lhe atribuiu a condição de pertencer a hipótese do Decreto nº 33.657/2012, nada obstante, também nesse processo houve perda de objeto para o pedido e não foi tecido nenhum argumento jurídico em defesa da tese esposada.

Prejudicadas, por fim, a análise de outras questões de mérito levantadas pela defesa em razão da nulidade da acusação



3ª INFRAÇÃO Nº 0028: NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS.

Esta acusação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS decorrente da constatação de que o contribuinte deixou de registrar as notas fiscais (NFC-e) em operações de saídas de mercadorias tributáveis nos livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS nos meses de maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2018, de janeiro a novembro de 2019, de fevereiro, agosto, setembro e dezembro de 2020, desrespeitando a regra insculpida no art. 60, incisos I e III c/c art. 277, ambos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;
- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos; h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação. (Grifo nosso)



Instada a se pronunciar, a impugnante afirma que os documentos fiscais foram efetivamente cancelados no seu sistema operacional interno, independentemente da falha que resultou na falta de cancelamento das notas fiscais também no Portal da SEFAZ, sendo substituída por operações foram devidamente documentadas, escrituradas e oferecidas à tributação do ICMS por meio de documentos fiscais emitidos imediatamente ao cancelamento, conforme se verifica nas imagens colacionadas por amostragens das NFC-e n° 152095 e 157581, de tal forma que nenhum prejuízo foi causado ao erário estadual.

Por outro lado, ao analisar os argumentos apresentados pela Impugnante, o julgador monocrático, vislumbrou não haver legitimidade nas provas apresentadas pela defesa com base no registro de seu sistema de controle interno de registro denominado de “PAPERLESS, para efeito de confirmação de que as NFC-e teriam sido canceladas e substituídas, haja vista que o procedimento adotado pela Autuada vai de encontro com o regramento previsto no art. 171-N do RICMS/PB que prevê o cancelamento da NFC-e em até 30 minutos do horário da autorização da NFC-e contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NFC-e, de que trata o inciso I do art. 171-G (Ajuste SINIEF 07/18)².

Como se vê, a Autuada não cumpriu com o regramento estabelecido para efeito de cancelamento de que trata o caput do art. 171-N, sendo necessário o devido registro de evento correspondente através de pedido de cancelamento da NFC-e com transmissão efetuada pelo programa na forma disciplinada pelos §§§2º, 3º e 4º do citado artigo, fato não comprovado pela defesa.

Ademais, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, foi verificado que todas as notas fiscais denunciadas estão devidamente autorizadas, conforme análise feita no Sistema ATF desta Secretaria.

Em vista disso, não há nos autos provas robustas aptas a excluir a denúncia de *NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS*.

No que tange ao argumento da defesa de que as saídas da Requerente consistem no fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, estando sujeita à forma

² Art. 171-N. O emitente poderá solicitar o cancelamento da NFC-e, desde que não tenha havido a saída da mercadoria, em prazo não superior a 30 (trinta) minutos, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NFC-e, de que trata o inciso I do art. 171-G (Ajuste SINIEF 07/18).

§ 1º O cancelamento de que trata o “caput” será efetuado por meio do registro de evento correspondente.

§ 2º O Pedido de Cancelamento de NFC-e deverá:

I - atender ao leiaute estabelecido no MOC;

II - ser assinado pelo emitente com assinatura digital, certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o número do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 3º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NFC-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, podendo ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte.

§ 4º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NFC-e será feita mediante protocolo de que trata o § 3º deste artigo disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a chave de acesso, o número da NFC-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pelo Fisco e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da Secretaria de Estado da Receita ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.



de apuração do ICMS prevista no Decreto n.º 33.657/12 com carga tributária de 2,4% sobre suas operações de saídas tributadas, não podendo ser calculado o imposto devido pela alíquota de 18%, verifica-se, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, não há como prosperar tal argumento, haja vista que a empresa não se enquadra ao benefício fiscal concedido por meio do citado decreto consistente na redução de base de cálculo do ICMS, visto que o seu CNAE de n.º 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares) não se submete ao citado regime tributário.

Isto posto, não se pode furtrar ao disposto no art. 1.º, do Decreto n.º 33.657, de 27 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a concessão de redução de base de cálculo do ICMS no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, e dá outras providências, *verbis*:

Art. 1.º- Até 31 de dezembro de 2014, fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênio ICMS 91/12) (Grifei)

Já o artigo 34 do RICMS/PB, que trata de redução da base de cálculo também é claro ao especificar quais as atividades estariam contempladas pelo benefício fiscal, sendo de exclusividade para bares, restaurantes e estabelecimentos similares, senão vejamos:

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

IV - até 30 de Abril de 2024, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98, 05/99 e 178/21). (Grifei)

Dessa forma, tendo em vista que a redução de base de cálculo deve ser considerada como uma isenção parcial, o dispositivo legal (art. 1.º, do Decreto n.º 33.657/2012) deve ser interpretado literalmente e não extensivamente, nos termos do que estatui o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

Da exegese das normas supracitadas, infere-se que os benefícios ali estipulados devem ser concedidos aos contribuintes que tenham como atividade de fornecimento de refeições, enquadrados como bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como empresas preparadoras de refeições coletivas, não sendo o caso específico da Autuada, onde o pleito requerido de redução da carga tributária para 2,4% não tem suporte legal, uma vez que a atividade desenvolvida pela empresa é a de LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES – CNAE 5611-2/03.,



que não se enquadra nas subclasses contempladas pelo aludido benefício fiscal na forma do Decreto nº 33.657/2012.

Destarte, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, a Reclamante não trouxe aos autos provas materiais capazes de elidir o crédito tributário exigido na exordial, ficando, portanto, mantida a exigência tributária.

Desse modo, resta exigível o crédito tributário abaixo discriminado:



| INFRAÇÃO | PERÍODO | ICMS (AI) | MULTA (AI) | ICMS CANCELADO | MULTA CANCELADA | ICMS DEVIDO | MULTA DEVIDA | CRÉDITO TOTAL DEVIDO |
|--|-------------|----------------------|----------------------|---------------------|----------------------|----------------------|----------------------|-----------------------|
| 0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS | out/18 | R\$166,73 | R\$166,73 | R\$0,00 | R\$ 41,25 | R\$ 166,73 | R\$ 125,48 | R\$ 292,21 |
| | nov/18 | R\$16.665,10 | R\$16.665,10 | R\$0,00 | R\$ 4.166,24 | R\$ 16.665,10 | R\$ 12.498,86 | R\$ 29.163,96 |
| | dez/18 | R\$46.628,44 | R\$46.628,44 | R\$0,00 | R\$ 11.657,11 | R\$ 46.628,44 | R\$ 34.971,33 | R\$ 81.599,77 |
| | jan/19 | R\$342,30 | R\$342,30 | R\$0,00 | R\$ 85,57 | R\$ 342,30 | R\$ 256,73 | R\$ 599,03 |
| | fev/19 | R\$2.284,01 | R\$2.284,01 | R\$0,00 | R\$ 571,00 | R\$ 2.284,01 | R\$ 1.713,01 | R\$ 3.997,02 |
| | mar/19 | R\$519,28 | R\$519,28 | R\$0,00 | R\$ 129,82 | R\$ 519,28 | R\$ 389,46 | R\$ 908,74 |
| | abr/19 | R\$1.629,92 | R\$1.629,92 | R\$0,00 | R\$ 407,48 | R\$ 1.629,92 | R\$ 1.222,44 | R\$ 2.852,36 |
| | mai/19 | R\$334,32 | R\$334,32 | R\$0,00 | R\$ 83,58 | R\$ 334,32 | R\$ 250,74 | R\$ 585,06 |
| | jun/19 | R\$684,29 | R\$684,29 | R\$0,00 | R\$ 171,07 | R\$ 684,29 | R\$ 513,22 | R\$ 1.197,51 |
| | jul/19 | R\$149,95 | R\$149,95 | R\$0,00 | R\$ 37,49 | R\$ 149,95 | R\$ 112,46 | R\$ 262,41 |
| | ago/19 | R\$119,40 | R\$119,40 | R\$0,00 | R\$ 29,85 | R\$ 119,40 | R\$ 89,55 | R\$ 208,95 |
| | set/19 | R\$1.104,80 | R\$1.104,80 | R\$0,00 | R\$ 276,20 | R\$ 1.104,80 | R\$ 828,60 | R\$ 1.933,40 |
| | out/19 | R\$302,73 | R\$302,73 | R\$0,00 | R\$ 75,68 | R\$ 302,73 | R\$ 227,05 | R\$ 529,78 |
| | nov/19 | R\$464,56 | R\$464,56 | R\$0,00 | R\$ 116,14 | R\$ 464,56 | R\$ 348,42 | R\$ 812,98 |
| | dez/19 | R\$442,13 | R\$442,13 | R\$0,00 | R\$ 110,53 | R\$ 442,13 | R\$ 331,60 | R\$ 773,73 |
| | jan/20 | R\$504,80 | R\$504,80 | R\$0,00 | R\$ 126,20 | R\$ 504,80 | R\$ 378,60 | R\$ 883,40 |
| | fev/20 | R\$357,84 | R\$357,84 | R\$0,00 | R\$ 89,46 | R\$ 357,84 | R\$ 268,38 | R\$ 626,22 |
| | mar/20 | R\$268,98 | R\$268,98 | R\$0,00 | R\$ 67,24 | R\$ 268,98 | R\$ 201,74 | R\$ 470,72 |
| | abr/20 | R\$702,83 | R\$702,83 | R\$0,00 | R\$ 175,71 | R\$ 702,83 | R\$ 527,12 | R\$ 1.229,95 |
| | mai/20 | R\$149,41 | R\$149,41 | R\$0,00 | R\$ 37,35 | R\$ 149,41 | R\$ 112,06 | R\$ 261,47 |
| jun/20 | R\$100,50 | R\$100,50 | R\$0,00 | R\$ 25,12 | R\$ 100,50 | R\$ 75,38 | R\$ 175,88 | |
| ago/20 | R\$193,07 | R\$193,07 | R\$0,00 | R\$ 48,27 | R\$ 193,07 | R\$ 144,80 | R\$ 337,87 | |
| set/20 | R\$96,54 | R\$96,54 | R\$0,00 | R\$ 24,13 | R\$ 96,54 | R\$ 72,41 | R\$ 168,95 | |
| out/20 | R\$96,54 | R\$96,54 | R\$0,00 | R\$ 24,13 | R\$ 96,54 | R\$ 72,41 | R\$ 168,95 | |
| nov/20 | R\$108,40 | R\$108,40 | R\$0,00 | R\$ 27,10 | R\$ 108,40 | R\$ 81,30 | R\$ 189,70 | |
| dez/20 | R\$6.566,75 | R\$6.566,75 | R\$0,00 | R\$ 1.641,69 | R\$ 6.566,75 | R\$ 4.925,06 | R\$ 11.491,81 | |
| 0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS | jan/19 | R\$44,49 | R\$ 22,25 | R\$44,49 | R\$ 22,25 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | fev/19 | R\$62,85 | R\$ 31,43 | R\$62,85 | R\$ 31,43 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | mar/19 | R\$62,80 | R\$ 31,40 | R\$62,80 | R\$ 31,40 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | abr/19 | R\$95,69 | R\$ 47,85 | R\$95,69 | R\$ 47,85 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | mai/19 | R\$113,96 | R\$ 56,98 | R\$113,96 | R\$ 56,98 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | jun/19 | R\$105,55 | R\$ 52,78 | R\$105,55 | R\$ 52,78 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | jul/19 | R\$101,63 | R\$ 50,82 | R\$101,63 | R\$ 50,82 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | ago/19 | R\$156,44 | R\$ 78,22 | R\$156,44 | R\$ 78,22 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | set/19 | R\$34,74 | R\$ 17,37 | R\$34,74 | R\$ 17,37 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | out/19 | R\$42,14 | R\$ 21,07 | R\$42,14 | R\$ 21,07 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | nov/19 | R\$17,10 | R\$ 8,55 | R\$17,10 | R\$ 8,55 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | dez/19 | R\$23,67 | R\$ 11,84 | R\$23,67 | R\$ 11,84 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | jan/20 | R\$19,96 | R\$ 9,98 | R\$19,96 | R\$ 9,98 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | fev/20 | R\$5,20 | R\$ 2,60 | R\$5,20 | R\$ 2,60 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | mar/20 | R\$17,21 | R\$ 8,61 | R\$17,21 | R\$ 8,61 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | abr/20 | R\$13,13 | R\$ 6,57 | R\$13,13 | R\$ 6,57 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | mai/20 | R\$17,06 | R\$ 8,53 | R\$17,06 | R\$ 8,53 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| | ago/20 | R\$33,81 | R\$ 16,91 | R\$33,81 | R\$ 16,91 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 |
| set/20 | R\$35,15 | R\$ 17,58 | R\$35,15 | R\$ 17,58 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | |
| out/20 | R\$19,47 | R\$ 9,74 | R\$19,47 | R\$ 9,74 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | |
| nov/20 | R\$66,09 | R\$ 33,05 | R\$66,09 | R\$ 33,05 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | |
| dez/20 | R\$40,16 | R\$ 20,08 | R\$40,16 | R\$ 20,08 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 0,00 | |
| 0028 - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS | jun/19 | R\$ 8,82 | R\$ 4,41 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 8,82 | R\$ 4,41 | R\$ 13,23 |
| | jul/19 | R\$ 42,98 | R\$ 21,49 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 42,98 | R\$ 21,49 | R\$ 64,47 |
| | set/19 | R\$ 11,50 | R\$ 5,75 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 11,50 | R\$ 5,75 | R\$ 17,25 |
| | out/19 | R\$ 47,79 | R\$ 23,90 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 47,79 | R\$ 23,90 | R\$ 71,69 |
| | nov/19 | R\$ 88,37 | R\$ 44,19 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 88,37 | R\$ 44,19 | R\$ 132,56 |
| | dez/19 | R\$ 30,23 | R\$ 15,12 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 30,23 | R\$ 15,12 | R\$ 45,35 |
| | jan/20 | R\$ 61,05 | R\$ 30,53 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 61,05 | R\$ 30,53 | R\$ 91,58 |
| | fev/20 | R\$ 79,06 | R\$ 39,53 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 79,06 | R\$ 39,53 | R\$ 118,59 |
| | mar/20 | R\$ 33,56 | R\$ 16,78 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 33,56 | R\$ 16,78 | R\$ 50,34 |
| | abr/20 | R\$ 11,06 | R\$ 5,53 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 11,06 | R\$ 5,53 | R\$ 16,59 |
| | jun/20 | R\$ 3,06 | R\$ 1,53 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 3,06 | R\$ 1,53 | R\$ 4,59 |
| | ago/20 | R\$ 7,86 | R\$ 3,93 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 7,86 | R\$ 3,93 | R\$ 11,79 |
| set/20 | R\$ 32,00 | R\$ 16,00 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 32,00 | R\$ 16,00 | R\$ 48,00 | |
| out/20 | R\$ 45,72 | R\$ 22,86 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 45,72 | R\$ 22,86 | R\$ 68,58 | |
| nov/20 | R\$ 52,28 | R\$ 26,09 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 52,28 | R\$ 26,09 | R\$ 78,27 | |
| dez/20 | R\$ 22,79 | R\$ 11,39 | R\$0,00 | R\$ 0,00 | R\$ 22,79 | R\$ 11,39 | R\$ 34,18 | |
| TOTAL | | R\$ 82.872,73 | R\$ 81.928,26 | R\$ 1.128,30 | R\$ 20.809,62 | R\$ 81.744,43 | R\$ 61.118,64 | R\$ 142.860,07 |



Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu **desprovemento**. No entanto, com arrimo nos princípios da oficialidade, autotutela administrativa e legalidade, altero, **de ofício**, quanto aos fundamentos e valores, a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001960/2021-67 lavrado em 30 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 142.860,07 (cento e quarenta e dois mil, oitocentos e sessenta reais e sete centavos), sendo, R\$ 81.744,43 (oitenta e um mil, setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e três centavos) de ICMS por infringência ao Art. 158, I c/c Art. 160, I c/ fulcro no Art. 646, IV e Art. 106 c/c Art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 61.118,64 (sessenta e um mil, cento e dezoito reais e sessenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, 'b' e V, 'f', da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor total de R\$ 1.692,51, sendo R\$ 1.128,30, de ICMS e de R\$ 564,21, de multa por infração, acrescentando a este valor o montante de R\$ 20.245,21 (vinte mil, duzentos e quarenta e cinco reais e vinte e um centavos), conforme razões expendidas neste voto.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício material da acusação de falta de recolhimento do ICMS, aplicando-se, ao caso, o prazo decadencial constante no art. 173, I, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma da legislação de regência.

Segunda Câmara, sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de outubro de 2023.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora